



## ANONİM ŞİRKETLERDE SERMAYE TAAHHÜDÜNÜN İFASINDA TEMERRÜDÜN TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

İrfan BARLAS<sup>(\*)</sup>

### 1 - GİRİŞ

6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 269. maddesinde anonim şirket "... bir unvana sahip, esas sermayesi muayyen ve paylara bölünmüş olan ve borçlarından dolayı yalnız mamelekiyle mesul bulunan şirket..." olarak tarif edilir<sup>1</sup>.

Bu tarifte yer alan "esas sermaye", kurucular tarafından ödeneceği taahhüt edilen paylara bölünmüş sabit bir rakamdır ve her paydaş usulüne

göre hazırlanmış ve imza edilmiş şirket esas sözleşmesiyle koymayı taahhüt ettiği bu sermayeden dolayı şirkete karşı borçlanır. Türk Ticaret Kanunu'nun 407/1. maddesi, bu suretle taahhüt ettiği sermaye koyma borcunu vaktinde yerine getirmeyen pay sahibini ihtara lüzum olmaksızın temerrüt faizi ödemekle yükümlü kılar<sup>2</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nun bu hükmü Kurumlar Vergisi Kanunu'nun Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı kenar başlıklı 13. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, serma-

<sup>\*</sup> Yrd. Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı

<sup>1</sup> 13.11.2011 tarihinde kabul edilen, 6102 Sayılı Yeni TTK'nın konunun düzenlendiği Tanım kenar başlıklı 329. maddesi; "(1)Anonim şirket, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu bulunan şirkettir.

(2) Payscaleleri, sadece taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile ve şirkete karşı sorumludur." şeklindedir

<sup>2</sup> Yeni TTK'nın 482. maddesi de halen yürürlükte bulunan 6762 Sayılı Kanunun 407. maddesiyle paralel bir düzenleme içermektedir.

"(1) Sermaye koyma borcunu süresi içinde yerine getirmeyen pay sahibi, ihtara gerek olmaksızın, temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür.

(2) Ayrıca, yönetim kurulu, mütemerrit pay sahibini, iştirak taahhüdünden ve yaptığı kısmî ödemelerden doğan haklarından yoksun bırakmaya ve söz konusu payı satıp yerine başkasını almaya ve kendisine verilmiş pay senedi varsa, bunları iptal etmeye yetkilidir. İptal edilen pay senetleri ele geçirilemiyorsa iptal kararı 35 inci maddede yazılı gazetede ve ayrıca esas sözleşmenin öngördüğü şekilde ilân olunur.

(3) Esas sözleşmeyle, pay sahipleri, temerrüt hâlinde, sözleşme cezası ödemekle zorunlu tutulabilirler.

(4) Şirketin tazminat hakları saklıdır."

ye koyma borcunu yerine getirmeyen pay sahibine temerrüt faizi uygulamayan ya da sermaye taahhüt eden paydaştan taahhüdünü yerine getirmesini istemeyen bir anonim şirketin, bu pay sahibine temerrüt faizi tutarında "Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç" dağıtıp dağıtmadığı cevaplanması gereken bir soru oluşturur.

Bu çalışma ile güdülen amaç söz konusu bu soruya bir cevap aramaktır.

Ancak bu cevap araştırılırken, öncelikle hiçbir ayrıntıya girmeksizin ve salt bu cevaba ilişkin yönleriyle anonim şirketlerde sermaye ve sermayeyi ödemede temerrüt kavramları ile sermayenin arttırılmasına ve azaltılmasına ilişkin temel kuralları hatırlamak ve 407/1. maddede düzenlenmiş temerrüt faizinin Türk Ticaret Kanunu ve Kurumlar Vergisi Kanunu yönünden niteliğini belirlemek gerekir.

## 2-ANONİM ŞİRKETLERDE ESAS SERMAYENİN ÖDENECEĞİ ZAMAN

Bütün ticaret şirketleri gibi anonim şirketler de esas sözleşmelerinde yazılı amacı gerçekleştirmek üzere kurulurlar ve sermayelerini de buna göre oluştururlar.

Türk Ticaret Kanunu'nun Esas Mukavele kenar başlıklı 279. maddesi ile Şirketin Tescil ve İlanı kenar başlıklı 300. maddeleri, sermayenin "ödeme suret ve şartları"nın esas sözleşmede yer almasını şart kılmakla birlikte "ödeme zamanı" hakkında herhangi bir hüküm içermez. Ancak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca yayımlanan "Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Ana Sözleşme Değişikliğine İlişkin Usul Ve Esaslar

Hakkındaki 2003/3 Sayılı Tebliğ", nakdi sermayenin \_ ünün şirketin kuruluşunun tescili tarihinden itibaren en geç üç ay, geri kalan kısmın ise en geç 3 yıl içerisinde ödenmesini zorunlu kılar<sup>3</sup>.

Buna bağlı olarak da sermayenin ödeneceği tarih bu tebliğde belirlenen sürelerle uyulmak kaydıyla şirket esas sözleşmesinde belirtilebileceği gibi, esas sözleşme bu tarihi tespit yetkisini gene tebliğde belirlenen sürelerle uyulmak kaydıyla genel kurula ya da yönetim kuruluna da bırakabilir.

## 3-SERMAYE BORCUNU ÖDEMEDE TEMERRÜT

Gerek kuruluş aşamasında gerekse sermaye artırımı aşamasında taahhüt edilen sermayenin ödeneceği vakit, yukarıda da açıklandığı gibi, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın 2003/3 Sayılı Tebliği sınırlamaları içerisinde kalmak kaydıyla, şirket esas sözleşmesinde ya da esas sözleşmenin verdiği yetkiye dayanan genel kurul veya yönetim kurulu kararıyla serbestçe tayin edilebilir.

Sermayenin ödeneceği tarih esas sözleşmede yılın sabit bir günü olarak, yani kesin bir tarihle belirlenmiş ise, pay sahibi bu tarihin dolması ile birlikte ve ayrıca bir ihtara gerek kalmaksızın mütemerrit olur ve temerrüt faizi ödemekle yükümlenir. Ancak esas sözleşmede sermaye taahhütlerinin ödeneceği tarih ya da tarihler yılın sabit bir günü olarak belirlenmemiş, bunun yerine sermaye taahhütlerinin ödeneceği en son tarihler belirlenmiş ise - örneğin sermayenin \_ ü kuruluşun tescilinden itibaren üç ay ve kalanı üç yıl içerisinde ödenir şeklinde bir hüküm tesis edilmiş

<sup>3</sup> Yeni TTK'nın Nakdi Sermaye kenar başlıklı 344. maddesi 6762 Sayılı Kanunun aksine sermayenin ödeneceği zamana yönelik düzenleme içermektedir

"(1) Nakden taahhüt edilen payların itibarî değerlerinin en az yüzde yirmibeşi tescilden önce, gerisi de şirketin tescilini izleyen yirmidört ay içinde ödenir. Payların çıkarma primlerinin tamamı tescilden önce ödenir.

(2) Sermaye Piyasası Kanununun pay bedellerinin ödenmelerine ilişkin hükümleri saklıdır."

ise - tescilden itibaren bu üç ayın veya üç yılın dolmasıyla pay sahibi kendiliğinden temerrüde düşmez. Pay sahibinin temerrüde düşmüş ve temerrüt faizi ödemekle yükümlenmiş olması için önce genel kurulun ya da yönetim kurulunun sermayenin ödeneceği tarihi gün olarak tespit etmiş ve tespit ettiği bu tarihi şirket esas sözleşmesinde belirlenen yöntemle pay sahiplerine duyurmuş olması gerekir<sup>4</sup>.

Taahhüt ettiği sermaye koyma borcunu kendisine bu suretle duyurulan tarihte ödemeyen pay sahibi Türk Ticaret Kanunu'nun 407. maddesi hükmünce, ayrıca herhangi bir ihtarın yapılmış olması şartı aranmaksızın temerrüde düşer ve temerrüt faizi ödemekle yükümlenir. Kurulştan sonra yapılan sermaye artırımlarında taahhüt edilen sermaye payları için de bu kural geçerlidir.

#### **4- ESAS SERMAYENİN ARTTIRILMASI VE AZALTILMASI**

Anonim şirket esas sermayesinin amaç doğrultusunda yapılacak faaliyetlere yetmediği ya da yedek akçeler ve birikmiş karlar gibi iç kaynakların sermayeye eklenmesinin gerekli görüldüğü hallerde şirket esas sermayesinin arttırılması yolu açılacağı gibi, amacın gerçekleştirilebilmesi için mevcut sermayenin tamamına ihtiyaç duyulmadığı ya da kanunun sermaye azaltılmasını zorunlu kıldığı hallerde de esas sermayenin azaltılması gündeme gelir.

Esas sermayenin arttırılmasında, şirketin sermaye artışına ihtiyaç duyması ve önceki sermayenin tamamının ödenmiş olması yeterli şarttır.

Öte yandan iç kaynaklardan sermaye artışlarında önceki sermayenin tamamının ödenmiş olması şartı aranmaz.

Şirketin ihtiyacından daha fazla sermayeye sahip olması nedeniyle esas sermayesini azaltabilmesi için aranacak temel şart ise sermaye azaltılmasından sonra kalan şirket varlığının şirket alacaklılarının haklarını tamamen karşılayabilecek miktarda olmasıdır.

Sermayenin bu amaçla azaltılmasında hiç şüphesiz Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirketler için belirlediği esas sermaye miktarından daha az bir esas sermaye kararlaştırılamaz.

Sermayenin azaltılabilmesi için taahhüt edilen sermayenin tamamen ödenmiş olması şartı da aranmaz. Buna bağlı olarak da sermaye azaltılması işlemi, taahhüt edilen sermayenin tamamının ödenmiş olması halinde ödenmiş sermayenin pay sahiplerine iadesi suretiyle, sermayenin tamamının henüz ödenmemiş olması halinde ise sermaye taahhütlerinin kaldırılması suretiyle gerçekleştirilir.

Sermayenin arttırılması ve azaltılması genelde farklı amaçlara dayanan ve farklı zamanlarda yapılan işlemler olmakla birlikte, Türk Ticaret Kanunu'nun 396. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinin de<sup>5</sup> açıkça hükme bağlandığı gibi, örneğin Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 20. maddesinde düzenlenen "kısmi bölünme" nin gerçekleştirilebilmesi amacıyla sermayenin azaltılması ve arttırılmasını birlikte uygulamak da mümkündür.

Sermaye artırımını gerektiren projesinden vazgeçen bir anonim şirketin, gereksiz kalan sermaye artışından cayabilmesi de mümkün olmakla

<sup>4</sup>Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin E. 2000/10580 K. 2000/10123 Sayılı ve 15.12.2000 Tarihli kararı. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

<sup>5</sup> Yeni TTK'nın 473. maddesinin 1. fıkrası da aynı düzenlemeyi benimsemiştir. "(1) Bir anonim şirket sermayesini azaltarak, azaltılan kısmın yerine geçmek üzere bedelleri tamamen ödenecek yeni paylar çıkarmıyorsa, genel kurul, esas sözleşmenin gerektiği şekilde değiştirilmesini karara bağlar."

beraber, tescilden sonra bu yol kapanır, gereksiz sermaye ancak sermaye azaltılmasına ilişkin hükümler doğrultusunda paydaşlara iade edilebilir.

### 5- SERMAYE TAAHHÜDÜNÜN YERİNE GETİRİLMEMESİ HALİNDE ORTAKLARDAN ALINAN TEMERRÜT FAİZİNİN VERGİYE KONU OLUP OLMADIĞI

Yukarıda değindiğimiz şekliyle Türk Ticaret Kanunu'nun 407. maddesinin 1. fıkrası sermaye koyma borcunu vaktinde yerine getirmeyen pay sahibini ihtarla lüzum olmaksızın temerrüt faizi ödemekle yükümlü kılarken, maddenin 2. fıkrası da yönetim kuruluna dilerse mütemerrit ortağı yaptığı kısmi ödemelerden mahrum bırakma, verilmiş hisse senetlerini iptal ederek yerine başka ortak alma ve esas sözleşmede yer almış olmak kaydıyla, çıkarılan ortağı cezai şart ödemekle yükümlü kılma yetkisi tanır.

Aynı kanunun Kanuni Yedek Akçe kenar başlıklı 466. maddesi ise hisse senetlerinin çıkarılmasında elde edilen hasılatın yani emisyon priminin ve iptal edilen hisse senetlerinin bedellerine mahsuben yapılan ödemelerin safi tutarlarının kanuni yedek akçeye ekleneceği hükmünü taşır<sup>6</sup>. Söz konusu madde 407. madde hükmünce alınan temerrüt faizini ise kanuni yedek akçeye katılacak gelirler arasında saymaz.

Öte yandan sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen pay sahibine uygulanacak bütün bu parasal müeyyideler, yani temerrüt faizi, mütemerrit ortağın yaptığı kısmi ödemeler ve uygulama-

nan cezalar genelde şirketin mal varlığının sermayenin itibari (nominal) değerinden daha fazla artması sonucunu doğuran gelirlerdir ve payların nominal değerini aşan bütün bu gelirlerin Türk Ticaret Kanunu'nun 466. maddesinin 2. fıkrasının 2. bendi hükmünce kanuni yedek akçelere eklenmesi uygun olur.

Bununla birlikte Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5. maddesinin 1. fıkrasının (ç) bendi yalnızca "anonim şirketlerin kuruluşlarında veya sermaye artırdıkları sırada çıkardıkları payların bedelinin itibari değeri aşan kısmını (emisyon primi – acio)" Kurumlar Vergisinden bağışık kıldığından, Türk Ticaret Kanunu'nun 407. maddesi hükmünce hesaplanan ve sermayeyi temsil eden payların nominal değerini aşan bütün bu gelirler ve bu meydana temerrüt faizi, gerek Türk Ticaret Kanunu gerekse Kurumlar Vergisi Kanunu hükümlerinde anonim şirketin faaliyet sonucu elde ettiği bir faiz geliri olarak değerlendirilmek gerekir.

Özetle bu görünümüyle sermaye taahhüdünü yerine getirmeyen paydaşa uygulanan temerrüt faizi, emisyon primi gibi yedek akçeye eklenebilecek ama emisyon primi gibi vergiden bağışık olmayacak bir gelirdir.

### 6- SERMAYE TAAHHÜDÜNÜ YERİNE GETİRMEYEN ORTAĞA TEMERRÜT FAİZİ UYGULANMAMASI TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI OLARAK KABUL DİLEBİLİR Mİ?

Sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen

<sup>6</sup> Yeni TTK'nın 519. maddesinin 2. fıkrasının a bendi de aynı düzenlemeyi içermektedir.

(1) Yıllık kârın yüzde beşi, ödenmiş sermayenin yüzde yirmisine ulaşınca kadar genel kanunî yedek akçeye ayrılır.

(2) Birinci fıkradaki sınıra ulaşıldıktan sonra da;

a) Yeni payların çıkarılması dolayısıyla sağlanan primin, çıkarılma giderleri, itfa karşılıkları ve hayır amaçlı ödemeler için kullanılmamış bulunan kısmı;

b) Iskat sebebiyle iptal edilen pay senetlerinin bedeli için..."

ortağa temerrüt faizi uygulamayan ya da sermaye taahhüt eden ortaktan taahhüdünü yerine getirmesini istemeyen bir anonim şirketin, bu ortağına temerrüt faizi tutarında transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtmış olduğunun kabulü kanımızca mümkün değildir. Zira transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının tanımlandığı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı kenar başlıklı 13. maddesinin birinci fıkrası;

“ Kurumlar, ilişkili kişilerle emsallerle uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım satımında bulunursa, kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılır. Alım, satım, imalat ve inşaat işlemleri kiralama ve kiraya verme işlemleri, ödünç para alınması ve verilmesi, ikramiye ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler her hal ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilir”

şeklinde ve bu tanımlı verginin yasallığı ilkesine aykırı biçimde geniş yorumlayarak içersine sermaye taahhüdünün yerine getirilmediği durumlarda anonim şirketçe temerrüt faizi uygulanmaması halini de dahil etmek doğru değildir. Nitekim ulaştığımız bir yüksek mahkeme kararında da şirket ortaklarından tahsil edilemeyen sermaye borcuna temerrüt faizi uygulanmamış olması transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç temini olarak kabul edilmemiştir<sup>7</sup>.

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13. Maddesi açıkça transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı uygulamasının mal veya hizmet alım satımı ile gerçekleştirilebileceğini vurgula-

maktadır. Dolayısıyla madde, ilişkili kişinin ki bu kişi çalışmamız özelinde ortaktır ancak ortak sıfatından bağımsız biçimde 3. bir kişiymiş gibi anonim şirketle mal yahut hizmet alım satımına girişmesi halinde kendisine transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı yapılabileceğini öngörmektedir. Öte yandan ortağın sermaye taahhüdünü yerine getirmemesi sebebiyle Kurumlar Vergisi Kanunun 13. maddesi bağlamında anonim şirketle bir mal yahut hizmet alım satımına girişmiş bir 3. kişi olarak addedilmesi mümkün değildir.

Bir diğer söyleyişle anonim şirketle ilişkili kişi olabilmenin ön şartına dair bir hususla, ilişkili kişi olduktan sonra anonim şirketle mal yahut hizmet alım satımına girişmiş olma hali birbirinden tamamen farklı olgular olup Kurumlar Vergisi Kanununun 13. maddesi mevcut lafzıyla bunlardan sadece ikincisini transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımına müsait bir uygulama olarak kabul etmektedir.

Türk Ticaret Kanununun sermaye ile ilgili normları da bu tespiti desteklemektedir.

Şöyle ki Türk Ticaret Kanununda ve esas sözleşmede belirlenen nisaplara uymak kaydıyla esas sözleşmenin bütün hükümlerini değiştirme yetkisine sahip genel kurul, hiç şüphesiz sermayenin ödenme şekline ve süresine ilişkin esas sözleşme hükmünü değiştirmek ve bu yolla sermaye taahhütlerinin ödeneceği süreyi veya tarihi ertelemek yetkisini de haizdir.

Buna bağlı olarak şirket esas sözleşmesini değiştirme yetkisini haiz genel kurulun, esas sözleşmeyi değiştirmek yerine yalnızca sermaye taahhütlerinin ödeneceği süreyi uzatan bir karar da alabilmesi hukuken mümkündür.

Bu her iki halde de, sermaye taahhüdünün

<sup>7</sup> Danıştay 4. Dairesi'nin E.1997/4274 K. 1998/5542 Sayılı ve 24.12.1998 Sayılı kararı. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

ödeneyeceği tarihi, paydaşların taahhütte bulundukları tarihteki esas sözleşme hükümlerine göre belirlemek, paydaşların sermaye taahhütlerini ödeme borçlarının bu tarihte başladığını söylemek ve ardından sermaye alacağının tahsilini öteleyen genel kurul kararları nedeniyle paydaşlara temerrüt faizi kadar örtülü kazanç dağıtıldığı sonucuna varmak da haklı olmaz.

Genel kurulun gerek esas sözleşme değişikliği yoluyla gerek esas sözleşmeyi değiştirmeksizin alacağı bu kararlar, nihayet ortaklar ile şirket arasındaki ilişki itibarıyla Türk Ticaret Kanunu hükümleri içerisinde iptali dava edilebilecek kararlardır.

Bunun da ötesinde sermaye artışına karar veren ve bunu tescil ettiren bir anonim şirket bu sermaye artışından cayamaz ama tescil edilmiş sermayesini azaltmak suretiyle paydaşları sermaye taahhüdü borçlarından kurtarabilir. Başka bir ifade ile alacağından bu yolla ve tümüyle de vazgeçebilir.

Bu bağlamda bir anonim şirketin esas sözleşme değişikliği veya genel kurul kararı ile taahhütlerin ödenme süresini ertelemesi, yasayı dolanma ve bu yolla paydaşlardan temerrüt faizi almayarak kendilerine örtülü kazanç dağıtma olarak nitelenemez.

Bu açıklamalarımız ışığında Kurumlar Vergisi Kanunu'nun Transfer Fiyatlandırılması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı kenar başlıklı 13. maddesinin lafzı gereği anonim şirketin yüklü finansman giderleri olduğu hallerde dahi sermaye taahhütlerini yerine getirmeyen paydaşlarını temerrüde düşürmemesi veya temerrüde düşürse bile temerrüt faizi talep etmemesi transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı olarak adedilemeyecektir.

Aynı şekilde anonim şirketin sermaye taahhütlerini yerine getirmeyen bazı ortaklarından te-

merrüt faizi talep etmesi bazılarında ise talep etmemesi gibi uç bir uygulama bile transfer fiyatlandırmasına konu olmayacaktır.

Dolayısıyla Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13. maddesi mevcut haliyle tartıştığımız meselede vergi sistemini, özünde transfer fiyatlandırması olarak nitelendirilebilecek bu uygulamaya karşı korumasız bırakmaktadır.

## 7- SONUÇ

Anonim şirketlerde ortakların taahhüt ettikleri sermayeleri ödemede temerrüde düşmeleri halinde kendilerine temerrüt faizi uygulanması Türk Ticaret Kanunu uyarınca zorunludur. Öte yandan bu zorunluluğun yerine getirilmemesi Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13. maddesi bağlamında transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı olarak nitelendirilemez. Zira söz konusu madde hükmünce transfer fiyatlandırmasına konu iş ve işlemler ortağın 3. bir kişi sıfatıyla anonim şirket ile mal ve hizmet alım satımına geçmesidir. Oysa sermaye borcunu yerine getirmeme anonim şirket ile paydaşlık ilişkisi kurulmasına yönelik bir husus olup Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13. maddesi düzenlemesinin dışında kalmaktadır. Öte yandan sermaye taahhüdünü yerine getirmeyen paydaştan temerrüt faizi talep edilmemesi transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını ekonomik olarak sonuçlamaktadır. Bu ekonomik sonucun hukuki yansımasının ise kanunda karşılığının olmaması bir eksiklik olarak görülmelidir. Kanımızca kanun koyucu konunun düzenlendiği Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13. maddesindeki bu eksikliği gidermelidir.